

# A. Einleitung

## I. Rechtsformwahl

### 1. Gegenstand dieses Lehrbuchs

In diesem Buch geht es um die **Wahl der passenden Rechtsform** für Unternehmen.

**Unternehmen** sind ein zentraler **Faktor der Wirtschaft**. Sie stellen zur Verfügung, was zur Deckung der Bedarfe benötigt wird.

Sie sind Institutionen im System der Marktwirtschaft, organisatorische Einheiten, mittels derer derjenige, der das Unternehmen betreibt, den Unternehmenszweck verfolgt. Neben der Bedarfsdeckung geht es dabei in der Regel um die Erzielung von Gewinnen. Es können jedoch auch andere Zwecke verfolgt werden. Gründung und Existenz der privaten Unternehmen werden dabei von den Garantien des Privateigentums und der Handlungsfreiheit gesichert.

Klassische Beispiele sind die Unternehmen der Land- und Forstwirte, der Handwerker und Händler. Auch Dienstleistungen werden von Unternehmen angeboten. Mehrere Personen können sich zur Verfolgung eines Unternehmenszwecks zusammenschließen. Es gibt Großunternehmen, etwa der Automobil- oder Pharmaindustrie. Die Tätigkeiten von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Ärzten oder Architekten bilden ebenfalls Unternehmen. Darüber hinaus existieren Unternehmen der Kunst oder Wissenschaft.

**Rechtsformen** sind die rechtlichen Basen, die für Unternehmen zur Verfügung stehen.

Hierher zählt (erstens) der Einzelunternehmer. Juristische Personen (zweitens) sind insbesondere die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Aktiengesellschaft (AG), aber auch etwa Stiftung und Genossenschaft (Gen). Als Personengesellschaften (drittens) kommen die offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG), die Partnerschaftsgesellschaft (Partnerschaft) und die BGB-Gesellschaft (auch: Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder GbR) in Betracht.

In der Regel werden für ein Unternehmen mehrere Rechtsformen zur Verfügung stehen. Welche Rechtsform zu wählen ist, muss immer wieder geprüft werden. Dies gilt natürlich bei Gründung. Dies gilt ebenso, wenn ein Unternehmen im Laufe der Zeit größer oder kleiner wird oder wenn eine Übertragung des Unternehmens angedacht ist. Erlangt jemand ein Unternehmen von Todes wegen, stellt sich die Frage der zu wählenden Rechtsform. Entsprechend verhält es sich bei Kauf oder Pacht eines Unternehmens.

**Welche Rechtsform** im konkreten Fall zu wählen ist, kann anhand zahlreicher Motive beurteilt werden.

Entscheidend kann sein, wie frei der Unternehmer beim Betrieb des Unternehmens ist. Neben der Freiheit bei Entscheidungen kann hier eine Rolle spielen, ob die Rechtsform einfach zu leiten ist, ob sie ohne besondere juristische Kenntnisse betrieben werden kann oder wie hoch die Anforderungen an Buchführung oder Publizität sind. Kriterium kann sein, ob die Aufbringung von neuem Kapital ermöglicht wird, Beteiligungen oder spätere Unternehmensnachfolgen erleichtert werden.

Die Kosten der Begründung der Rechtsform oder auch eines späteren Wechsels in eine andere Rechtsform können regelmäßig bedeutsam sein. Der Unternehmer kann seine Haftung möglichst begrenzen wollen. Es kann ihm darauf ankommen, einer bestimmten Steuer (nicht) zu unterliegen. Der Unternehmer kann Einflussnahmen Dritter vermeiden wollen. Soll das Unternehmen grenzüberschreitend tätig werden, kann dies die Wahl etwa einer europäischen Rechtsform nahelegen etc.

**Im Folgenden** geht es um die Rechtsformen und die Auswahl zwischen ihnen.

In der Einleitung (Teil A) wird zunächst ein Überblick gegeben, der nach Überlegungen zu den Begriffen, die im Folgenden eine Rolle spielen, die Phänomenologie und Zahlen der Rechtsformen umfasst. Dieser Überblick zeigt die Wahlmöglichkeiten angesichts Einzelunternehmer, Gesellschaften und Stiftung auf, den Zusammenhang von Rechtsform und den unterschiedlichen Unternehmenszwecken sowie die Bedeutung der zunehmenden Internationalisierung.

Sodann werden die Rechtsform Einzelunternehmer (Teil B), die Personengesellschaften (Teil C) und die juristischen Personen (Teil D) nacheinander betrachtet. Es folgt ein Kapitel zur Wahl im konkreten Einzelfall (Teil E). Übungsfälle und Wiederholungsfragen laden laufend zum Repetieren des Gelernten ein. Die zahlreichen Paragraphenverweise sollen den Blick immer wieder auf den Gesetzestext lenken. Ein Glossar findet sich am Ende des Buches.

## 2. Begriffe und Phänomenologie

**Zentraler Begriff**, der nachfolgend immer wieder verwendet wird, ist das **Unternehmen**:

**In der Betriebswirtschaftslehre** wird häufig zunächst zwischen Haushalten, Betrieben und Unternehmen unterschieden. Danach sind Haushalte Wirtschaftssubjekte, die zur Deckung eigener Bedarfe Güter konsumieren. Betriebe sind Wirtschaftssubjekte, in denen zur Deckung fremder Bedarfe Güter produziert und abgesetzt werden. Die Betriebe werden dabei in öffentliche Betriebe und private Betriebe unterteilt.

Unternehmen sind Betriebe, die mehrheitlich in privatem Eigentum stehen, autonom und in der Regel erwerbswirtschaftlich handeln. Es gibt Sachleistungsunternehmen, die in Gewinnungsbetriebe („primärer Sektor“), Veredelungs- bzw. Aufbereitungsbetriebe und Verarbeitungsbetriebe („sekundärer Sektor“) unterteilt werden. Und es

gibt Dienstleistungsunternehmen („tertiärer Sektor“). Einheitliche Definitionen fehlen freilich.<sup>1</sup>

**In der Rechtswissenschaft** verhält es sich ähnlich. Auch hier gibt es keine einheitlichen Definitionen, noch nicht einmal eine einheitliche Terminologie. In § 613a BGB ist die Rede von Betrieb, in § 2 HGB von Unternehmen, in § 15 AktG von verbundenen Unternehmen, in § 292 AktG von Unternehmens- und Betriebsüberlassung oder in § 16 EStG und § 4 Abs. 4 KStG von Betrieb, jeweils ohne Auseinandersetzung mit den Termini.

Früher wurde Unternehmen hier teils als Inbegriff von Sachen und Rechten verstanden, teils als Gelegenheit zum Betrieb eines Gewerbes. Nach Inkrafttreten von BGB und HGB sowie um die 70-er Jahre des vergangenen Jahrhunderts herum finden sich zahlreiche weitere Definitionen. Handels-, Arbeits-, Delikts-, Gesellschafts- und Steuerrecht verwenden den Begriff des Unternehmens heute unterschiedlich.<sup>2</sup>

**Unternehmen** wird für das Folgende, anknüpfend an das Verständnis heute insbesondere im Handels- und Gesellschaftsrecht, als Einheit und Organismus verstanden. Das Unternehmen ist im Rechtsverkehr Objekt. Zugleich ist es nicht nur Einheit, sondern im Zusammenwirken seiner Bestandteile lebendiger Organismus des Wirtschaftslebens. Das Unternehmen ist eine tätige Einheit, die nicht beliebig veränderbar ist.

Zum Unternehmen gehören Sachen, Forderungen, Verbindlichkeiten und Rechte, aber auch know how, die Betriebsorganisation oder die zahlreichen nur schwer fassbaren Beziehungen zur Außenwelt. Den immateriellen Werten kommt regelmäßig zentrale Bedeutung zu. Zweck des Unternehmens können gewerbliche einschließlich land- und forstwirtschaftliche sowie freiberufliche Tätigkeiten, aber auch künstlerische, wissenschaftliche oder gemeinnützige Zwecke sein.<sup>3</sup>

**Betrieb** wird als Begriff teils synonym mit Unternehmen verwandt. Teils soll Unternehmen Oberbegriff zum Begriff des Betriebes sein, ein Unternehmen mehrere Betriebe haben können. Die Betriebswirtschaftslehre sieht Betrieb wie bereits dargelegt teils als Oberbegriff, als Wirtschaftssubjekt, in dem zur Deckung fremder Bedarfe Güter produziert und abgesetzt werden; ist der Betrieb privat, soll ein Unternehmen vorliegen.

Für das Folgende soll von der Institution des Unternehmens und nicht des Betriebs die Rede sein. Denn der Begriff Unternehmen ist insoweit im Bürgerlichen Recht und im Handelsrecht wie auch im Europarecht der gängigere. Gleiches gilt in Österreich und

1 Vgl. etwa *Gutenberg*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Erster Band, S. 394 ff.; *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 27 ff.; *Vahs/Schäfer-Kunz*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 2 ff.; *Hayessen*, in: *Pepels*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 1 ff., 7 ff.

2 Vgl. etwa *Rittner*, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe; *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 73 ff.; *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, S. 216 ff.; *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 35 ff.

3 Vgl. etwa BGH NJW 2006, S. 2847, 2849 – Steuerberatungspraxis; BGH ZInsO 2012, 1987 – Land- und Forstwirtschaft; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, Einl. Vor § 1 RdNr. 31 ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 73 ff.; *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 87 ff.

in der Schweiz. Betrieb soll demgegenüber im Folgenden, funktionell, als Tätigkeitsbeschreibung verstanden werden – das Unternehmen wird betrieben.

**Unternehmen** können schließlich Untereinheiten haben. Mit Blick auf diese Untereinheiten ist teils ebenfalls von Unternehmen, teils von Unternehmung, Betrieb, Zweigniederlassung, Filiale oder Abteilung die Rede. Zudem können Unternehmen Teil eines Größeren sein. Mit Blick auf dieses Größere ist etwa von Großunternehmen, Unternehmensgruppe, Stammhausunternehmen, Mutter-/Tochterverhältnis oder Konzern die Rede.

Die Erscheinungsformen hier sind ebenso vielfältig wie die Termini und die Gründe, die zu den Erscheinungsformen geführt haben. Wo die Grenzen im Einzelnen verlaufen, wird sich häufig nur schwer feststellen lassen.<sup>4</sup> Nachfolgend wird von Unternehmen allgemein als organisatorischer Einheit zur Verfolgung eines Zwecks ausgegangen. Betrieb ist die Tätigkeit – das Unternehmen wird betrieben.

**Merke:** **Unternehmen** stellen der Wirtschaft zur Verfügung, was zur Deckung der Bedarfe benötigt wird. Sie sind Institutionen im System der Marktwirtschaft, organisatorische Einheiten, mittels derer derjenige, der das Unternehmen betreibt, den Unternehmenszweck verfolgt. Dabei ist das Unternehmen nicht nur Einheit, sondern im Zusammenwirken seiner Bestandteile lebendiger Organismus des Wirtschaftslebens. Im Rechtsverkehr ist das Unternehmen Objekt.

**Zentraler Begriff** ist hier zudem der Begriff der **Rechtsform**. Rechtsformen sind die rechtlichen Basen für die Unternehmen.

**Als Rechtsform** kommt zunächst der **Einzelunternehmer** in Betracht. Beim Einzelunternehmer ist Träger des Unternehmens der Einzelunternehmer als natürliche Person. Dies ist gem. § 1 BGB jeder Mensch. In der Praxis ist die Rechtsform Einzelunternehmer seit jeher am häufigsten anzutreffen. Daher wird im Folgenden auch der Einzelunternehmer, weniger genau: das Einzelunternehmen zum Kreis der Rechtsformen gezählt.

**Juristische Personen** sind vom Gesetz vorgesehene Organisationsformen, die wie natürliche Personen **Rechtssubjekte** sind. Sie dienen der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks.

**Grundtypen** sind der eingetragene **Verein** und die **Stiftung**. Hierneben stehen insbesondere

- GmbH und AG,
- KGaA,
- Genossenschaft,
- Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG),
- Europäische Aktiengesellschaft (SE),

<sup>4</sup> Vgl. etwa K. Schmidt, Handelsrecht, S. 86 ff.; Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht sowie aus betriebswirtschaftlicher Sicht etwa Vahs/Schäfer-Kunz, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 183 ff., 200 ff.

- Europäische Genossenschaft (SCE) sowie bisher die
- Private Company Limited by Shares (britische Limited).

**GmbH, AG, KGaA und SE** werden hier anknüpfend an § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG und § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG auch als Kapitalgesellschaften bezeichnet.<sup>5</sup>

**Personengesellschaften** stehen gleichsam zwischen den natürlichen Personen und den juristischen Personen.

**Personengesellschaften** dienen ebenfalls der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks. Sie können als Außengesellschaften Inhaber von Rechten und Pflichten sein, Eigentum erwerben oder Verträge schließen. So können sie auch ein Unternehmen betreiben. Sie erreichen jedoch nicht den Status einer juristischen Person. Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich.

**Grundtypus** der Personengesellschaften ist die **BGB-Gesellschaft**. Hierneben stehen

- OHG und KG als Personengesellschaften speziell für die Kaufleute. OHG und KG werden, der Überschrift des Zweiten Buches des HGB entsprechend, auch als Handelsgesellschaften bezeichnet.
- Die Partnerschaft ist Personengesellschaft speziell für die Freiberufler.
- Daneben steht die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV).

Die Personengesellschaften werden der Gruppe der Gesamthandsgemeinschaften zugerechnet. Die stille Gesellschaft ist auch Personengesellschaft. Anders als die vorgenannten Gesellschaften ist sie jedoch nicht Außengesellschaft, sondern Innengesellschaft.<sup>6</sup>

**Merke:** **Rechtsformen** sind die rechtlichen Basen, die das Rechtssystem für Unternehmen zur Verfügung stellt. Die Rechtsformen lassen sich in drei Gruppen unterteilen, den Einzelunternehmer, die juristischen Personen und die Personengesellschaften.

**Weitere Begriffe** sind in diesem Zusammenhang der Begriff des **Unternehmens-trägers** und der Begriff des **Unternehmensinhabers**.

**Unternehmensträger** ist derjenige, der das **Unternehmen betreibt**. Als Unternehmensträger dienen die Rechtsformen. Beim Einzelunternehmer ist Unternehmensträger der Einzelunternehmer als natürliche Person. Bei juristischen Personen kann eine GmbH ein Unternehmen ebenso betreiben wie etwa eine AG, eine Stiftung oder eine Genossenschaft. Die juristischen Personen stehen insoweit den natürlichen Personen gleich.

<sup>5</sup> Vgl. näher etwa *Leipold*, BGB I, S. 449 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 95 ff.; *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, S. 230 ff.; *Rose/Glorius-Rose*, Unternehmen, S. 2 ff.

<sup>6</sup> Vgl. näher etwa *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, S. 3 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 196 ff., 1285 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band II, S. 3 ff.

Personengesellschaften können ebenfalls Unternehmensträger sein. Denn die Personengesellschaften werden, soweit sie nach außen auftreten, als (teil-)rechtsfähig angesehen. Dies ermöglicht es ihnen, Sachen, Forderungen und Rechte zu erwerben, Verträge und Verbindlichkeiten einzugehen oder ein Unternehmen zu betreiben. Erbgemeinschaften können im Einzelfall ebenfalls Unternehmensträger sein.<sup>7</sup>

**Unternehmen** selbst sind **nicht Unternehmensträger**. Zwar können insbesondere große Unternehmen gleichsam ein Eigenleben entwickeln und vom Rechtsverkehr als Akteur angesehen werden. So gehen denn auch, wird ein Unternehmen verkauft oder verpachtet, im Rahmen von § 613a BGB bzw. § 151 Abs. 2 VVG mit dem Unternehmen Arbeitsverträge bzw. Versicherungsverhältnisse auf den Käufer oder Pächter über.

Darüber hinaus wird das Unternehmen teils selbst als Rechtssubjekt angesehen bzw. in dessen Nähe gerückt. Dem Unternehmen wird eine gewisse Rechtssubjektivität zugesprochen. Es soll eine Loslösung des Unternehmens vom Unternehmensträger erfolgen, das Unternehmen gleichsam an die Stelle seines Trägers treten. Vereinzelt wurde das Unternehmen sogar einer juristischen Person gleichgesetzt.<sup>8</sup>

**Unternehmensträger** und **Unternehmen** müssen jedoch klar **getrennt** bleiben. Das Unternehmen ist Objekt des Rechtsverkehrs. Subjekt ist der Unternehmensträger. Gegen den Unternehmensträger – den Einzelunternehmer, die juristische Person oder die Personengesellschaft – richten sich die Ansprüche der Gläubiger. Bei Zahlungsunfähigkeit ist es der Unternehmensträger, der insolvent wird.<sup>9</sup>

Der Blick in die Gesetzgebung bestätigt dies. Auch der Gesetzgeber unterscheidet deutlich zwischen dem Unternehmen bzw. Handelsgeschäft als Objekt des Rechtsverkehrs und dem Unternehmensträger als demjenigen, der das Unternehmen betreibt.<sup>10</sup> So ist das Unternehmen zwar Organismus des Wirtschaftslebens. Als Rechtsobjekt bedarf das Unternehmen jedoch de lege lata eines Unternehmensträgers.

**Unternehmensinhaber** ist derjenige, dem **das Unternehmen gehört**. Die Bezeichnung Unternehmenseigentümer wäre hier unscharf, da es Eigentum im Zivilrecht nur an Sachen gibt, das Unternehmen aber Einheit und Organismus ist.<sup>11</sup> Unternehmensträger, also derjenige, der das Unternehmen betreibt und Unternehmensinhaber, also derjenige, dem das Unternehmen gehört, werden häufig identisch sein.

Unternehmensinhaber und Unternehmensträger können freilich auch auseinanderfallen, insbesondere bei Pacht und Nießbrauch. So kann bei der Unternehmenspacht

7 Vgl. hierzu etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 113 ff.; *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, S. 226 ff.

8 Vgl. etwa *Bekker*, ZHR Bd. 4 (1861), S. 499 ff., 537 ff.; *Endemann*, Das Deutsche Handelsrecht, S. 76 ff., 84 ff.; *Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, S. 166 ff.

9 Vgl. näher etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 92 ff., 102 f.; *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 90 f.

10 Vgl. etwa BT-Drucksache 13/8444, S. 1, 19 ff., 23.

11 Vgl. näher etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 97 f.; *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 48.

der Verpächter Inhaber des Unternehmens sein, der Pächter ist Unternehmensträger. Beim Unternehmensnießbrauch kann der Unternehmensinhaber dem Nießbraucher das Recht einräumen, das Unternehmen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu betreiben.

**Merke:** **Unternehmensträger** ist derjenige, der das Unternehmen betreibt. Als Unternehmensträger dienen die Rechtsformen. **Unternehmensinhaber** ist derjenige, dem das Unternehmen gehört. Unternehmensinhaber und Unternehmensträger werden häufig identisch sein. Sie können jedoch auch auseinanderfallen, insbesondere bei Unternehmenspacht und Unternehmensnießbrauch.

**Weitere Begriffe** sind Unternehmer, Unternehmung, Gewerbe, freier Beruf, Kaufmann und Handelsgeschäft.

**Unternehmer** wird als Begriff in den Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zum einen für denjenigen verwendet, der das Unternehmen betreibt. So verstanden decken sich die Begriffe Unternehmensträger und Unternehmer. Unternehmer bzw. Unternehmensträger kann hiernach eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine Personengesellschaft, im Einzelfall auch eine Erbengemeinschaft sein.

Zugleich ist Unternehmer gem. § 14 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Soweit auch Erbengemeinschaften Unternehmer i.S.d. § 14 BGB sein können, sind Unternehmensträger und Unternehmer i.S.d. § 14 BGB prinzipiell deckungsgleich.<sup>12</sup>

**Unternehmung** steht als Begriff neben den Begriffen Unternehmen und Betrieb. In den Rechtswissenschaften wurde der Begriff der Unternehmung früher teils statt Unternehmen verwandt. Heute spielt Unternehmung hier nur noch am Rande eine Rolle, etwa in § 4 Abs. 1 S. 2 BImSchG oder in § 1 Abs. 1 S. 3 JVEG. Im Bereich der Wirtschaftswissenschaften wird der Begriff Unternehmung statt Unternehmen oder Betrieb genutzt.<sup>13</sup>

Für das Folgende bleibt es bei dem Verständnis von Unternehmen und Betrieb, wie es oben bestimmt wurde. Dies gilt, obwohl die Begriffe immer wieder mit anderer Bedeutung verwendet werden. Denn zum einen lässt sich eine einheitliche Terminologie nicht erreichen. Zum anderen sind die Zusammenhänge, in denen die Begriffe verwendet werden, unterschiedlich, was zu unterschiedlichen Inhalten führen kann.

**Gewerbe** und **freier Beruf** sind die **Zwecke**, die Unternehmensträger bzw. Unternehmer regelmäßig verfolgen werden.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu etwa AG Freiburg BeckRS 2013, 21916; *Gergen*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 2032 RdNr. 44 sowie zum Einzelunternehmer als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB im Einzelnen gleich S. 50.

<sup>13</sup> Vgl. etwa für den Bereich der Rechtswissenschaften: *Lehmann*, Rechtsformen und Wirtschaftstypen der privaten Unternehmung und für den Bereich der Wirtschaftswissenschaften: *Gutenberg*, Die Unternehmung als Gegenstand betriebswirtschaftlicher Theorie.

**Gewerbe** ist im Zivilrecht nicht definiert. Nach h.M. ist unter Gewerbe vorliegend jede erkennbar planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt zu verstehen unter Ausschluss freiberuflicher, wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeiten. § 15 Abs. 2 EStG enthält eine Definition für das Steuerrecht.

**Freie Berufe** nehmen seit jeher eine Sonderstellung ein. Ein einheitliches Verständnis existiert nicht, so dass die Definitionen des § 1 PartGG und des § 18 Abs. 1 EStG nicht ohne weiteres übernommen werden können. Einigkeit besteht, dass Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare, Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte sowie Architekten traditionell den Freiberuflern zuzurechnen sind.<sup>14</sup>

**Kaufmann** und **Handelsgeschäft** entstammen als Begriffe dem **HGB** und knüpfen an den Begriff des Gewerbes an.

**Kaufmann** ist gem. § 1 Abs. 1 HGB, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Handelsgewerbe ist gem. § 1 Abs. 2 HGB jedes Gewerbe, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Dies bedeutet für das Folgende: Der Begriff des Kaufmanns erfasst einen Teil der Unternehmensträger bzw. Unternehmer.

Zugleich erfasst der Begriff des Kaufmanns einen Teil der Unternehmensträger bzw. Unternehmer nicht. Es sind dies die Gewerbebetreibenden, die nicht in kaufmännischer Weise eingerichtet sind. Zudem sind es die freien Berufe, die wissenschaftlich und künstlerisch Tätigen, denn bei diesen fehlt es bereits an der Voraussetzung des Gewerbes. Auch diese Nicht-Kaufleute sind aber Unternehmensträger bzw. Unternehmer.

**Handelsgeschäft** ist gem. § 1 HGB, § 22 HGB oder § 25 HGB das Unternehmen eines Kaufmanns. Überträgt man die Überlegungen vorstehend zum Kaufmann auf das Handelsgeschäft, so erfasst der Begriff des Handelsgeschäftes (nur) einen Teil der Unternehmen. Die nicht in kaufmännischer Weise eingerichteten Unternehmen wie auch die Unternehmen mit freiberuflichen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken werden vom Begriff des Handelsgeschäftes nicht erfasst.

Zugleich sind Handelsgeschäfte gem. § 343 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Der Begriff des Handelsgeschäftes hat so zwei Bedeutungen: Zum einen bezeichnet Handelsgeschäft einen Teil der Unternehmen. Zum anderen handelt es sich bei Handelsgeschäft um eine (Tätigkeits-) Bezeichnung, die die (einzelnen Handels-) Geschäfte eines Kaufmanns erfasst.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Vgl. näher gleich S. 19 f.

<sup>15</sup> Vgl. näher gleich S. 45.

#### Weitere Begriffe

**Unternehmer** ist, wer ein Unternehmen betreibt. Insofern sind die Begriffe Unternehmer und Unternehmensträger identisch. Dieser Unternehmer im hiesigen Zusammenhang wird regelmäßig auch die Voraussetzungen des § 14 BGB erfüllen.

**Gewerbe** und **freier Beruf** sind die Zwecke, die Unternehmensträger bzw. Unternehmer mit ihren Tätigkeiten ganz überwiegend verfolgen werden. Daneben existieren weitere Zwecke. Zu Einzelheiten vgl. später S. 19 ff.

**Kaufmann** und **Handelsgeschäft** entstammen als Begriffe dem HGB. Sie bezeichnen einen Teil der Unternehmer/Unternehmensträger bzw. Unternehmen. Für sie gelten bestimmte Regeln. Zu Einzelheiten vgl. später S. 45 ff.

### 3. Zahlen zu den Rechtsformen

**Zahlen zu den Rechtsformen** sind, da die Unternehmen nicht einheitlich erfasst werden, häufig unsicher.

**In Deutschland** existiert nämlich **kein Register**, bei dem alle Unternehmen bzw. Rechtsformen geführt werden. § 8b HGB schreibt zwar ein Unternehmensregister vor. Dieses macht aber nur Informationen zugänglich. Auch erfassen existente Erhebungen häufig nur Teilbereiche. Die Umsatzsteuerstatistik nennt nur solche Unternehmen bzw. Rechtsformen, die Umsatzsteuervoranmeldungen abgeben. BGB-Gesellschaften werden oft überhaupt nicht erfasst.

Spezielle Statistiken zu Rechtsformen werden vereinzelt geführt. So erhebt „Libertas Europäisches Institut GmbH“ seit dem Jahr 1991 Zahlen zur Verbreitung der EWIV in den Ländern der Europäischen Union.<sup>16</sup> Das „Forschungsprojekt Unternehmergeinschaft“ der Universität Jena erhebt Zahlen zur Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt) seitdem diese im Jahr 2008 im GmbHG normiert worden ist.<sup>17</sup> Umsatz- und Körperschaftsteuerstatistik nennen Zahlen zu den Rechtsformen.<sup>18</sup>

Hierneben bieten Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern Zahlenübersichten betreffend ihre Region oder Gesamtübersichten für Deutschland. Das Schrifttum nennt Zahlen in Lehrbüchern und Aufsätzen. Wie vorsichtig die Zahlen zu handhaben sind, zeigt sich freilich immer wieder. So wird hinsichtlich der GmbH teils von einer Zahl von über einer Million, teils von etwa 500 000 ausgegangen. EWIVs finden sich nach Libertas ca. 330, nach *Kornblum* ca. 275 und nach der Umsatzsteuerstatistik 35.

Angesichts dieser Unklarheiten trägt es weitgehend zur Klärung bei, dass *Kornblum* seit dem Jahre 2000 für ganz Deutschland aktuelle Zahlen über den Bestand an ausgewählten Unternehmens- und Gesellschaftsformen veröffentlicht. Ausgehend von

<sup>16</sup> Vgl.: <http://www.libertas-institut.com/ewiv-informationszentrum> – beachte, dass die Domains laufenden Veränderungen unterworfen sind und sich daher ändern können.

<sup>17</sup> Vgl.: <https://www.rewi.uni-jena.de/Fakultät/Institute/Institut+für+Rechtstatsachenforschung>

<sup>18</sup> Vgl.: [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/Steuern/Umsatzsteuer/UmsatzsteuerstatistikVeranlagungen2140820107004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/Steuern/Umsatzsteuer/UmsatzsteuerstatistikVeranlagungen2140820107004.pdf?__blob=publicationFile)

Bitten an alle Landesjustizverwaltungen wird hier inzwischen regelmäßig der Bestand sämtlicher in den amtlichen Geschäftsübersichten der deutschen Handelsregistergerichte ausgewiesenen Rechtsformen dargestellt.<sup>19</sup>

**Vor diesem Hintergrund** sind **Einzelunternehmer, GmbH, KG** sowie **BGB-Gesellschaft** wohl die am häufigsten in Deutschland anzutreffenden Unternehmensträger. Die Angaben zu den Einzelunternehmern schwanken zwischen 2 000 000 und über 4 000 000. Die Zahl der GmbHs dürfte sich auf über 1 100 000 belaufen. KGs sollen ca. 250 000 existieren. In der Umsatzsteuerstatistik liegt die Zahl der BGB-Gesellschaften weit über 200 000.

GmbH & Co. KGs nennt die Umsatzsteuerstatistik ca. 165 000. Unternehmergesellschaften (haftungsbeschränkt) existieren inzwischen über 100 000; von der Umsatzsteuerstatistik werden hier wesentlich weniger Gesellschaften erfasst. Nächste Rechtsform ist wohl die OHG mit ca. 25 000. AGs sollen zwischen 12 000 und 16 000 existieren.<sup>20</sup> Partnerschaftsgesellschaften sollen im Jahr 2012 ca. 10 000 eingetragen gewesen sein.<sup>21</sup>

Wie viele der ca. 20 000 rechtsfähigen Stiftungen in Deutschland ein Unternehmen betreiben, ist unsicher. Bei den Genossenschaften ist zwischen den ca. 5000 Genossenschaften, die laut Umsatzsteuerstatistik ein Unternehmen betreiben und sonstigen, etwa Wohnungsgenossenschaften zu unterscheiden. Geringere Zahlen als 1000 werden für GmbH & Co. OHG, AG & Co. KG und AG & Co. OHG, für die KGaA, die SE und die EWIV genannt. Die Zahl der Private Company Limited by Shares (Limited) in Deutschland geht seit dem Jahr 2006 ständig zurück.<sup>22</sup>

Häufigste Rechtsformen in Deutschland <sup>23</sup>	
<b>Einzelunternehmen</b>	<b>wohl weit mehr als 2 000 000</b>
<b>GmbH</b>	<b>über 1 100 000</b>
<b>KG einschließlich GmbH &amp; Co. KG</b>	<b>ca. 250 000</b>
<b>BGB-Gesellschaft</b>	<b>wohl weit mehr als 200 000</b>

Der Blick auf Unternehmensgründungen mit Gewerbebezug in den Jahren 2004 bis 2014 bestätigt dies. Der Einzelunternehmer liegt auch hier auf dem ersten Platz. Auf den Plätzen zwei und drei folgen GmbH einschließlich Unternehmergesellschaft (haf-

19 Vgl. zuletzt mit dem Stand 1.1.2015 *Kornblum*, GmbHR 2015, S. 687.

20 Vgl. etwa *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Einleitung RdNr. 11; *Kornblum*, GmbHR 2015, S. 687.

21 Vgl. die Stellungnahme des Bundesverbandes der Freien Berufe (BFB) [http://www.freie-berufe.de/fileadmin/bfb/5\\_Themen/2\\_Qualitaetssicherung-und-Berufsrechte/1\\_Aktuelles/BT-DRs\\_1710487\\_Beitrag\\_BFB\\_5\\_11\\_2012.pdf](http://www.freie-berufe.de/fileadmin/bfb/5_Themen/2_Qualitaetssicherung-und-Berufsrechte/1_Aktuelles/BT-DRs_1710487_Beitrag_BFB_5_11_2012.pdf)

22 Vgl. zum Vorstehenden auch etwa *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 209 ff.; *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2013, 359 – zur Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt); *Kornblum*, NJW 2003, S. 3671 – zum Verein.

23 Ungefähre Angaben aufgrund der soeben angeführten – wie gesehen: streckenweise stark differierenden – Quellen.

tungsbeschränkt) sowie die BGB-Gesellschaft. OHG, KG sowie GmbH & Co. KG schließen sich an. Die Sicht ändert sich, wenn man auf die 100 größten Unternehmen in den Jahren 2010 und 2012 blickt. Hier liegt klar die AG vorn.<sup>24</sup>

**Was den Standort** anbelangt, kann das Unternehmen **regional** wie **überregional** angesiedelt werden. Hinzu kommt die Möglichkeit eines Standortes im Ausland. Hier geht es um die Fragen, in welchem Staat das Unternehmen seinen Standort haben soll, sodann in welchem Teil des Staates, in welcher Stadt, in welcher Straße etc. Handlungsfreiheit, Berufsfreiheit, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit garantieren dem Unternehmer bei der Standortwahl weitgehende Freiheiten.

Statistiken geben auch insoweit streckenweise Auskunft. Danach existieren in Nordrhein-Westfalen und Bayern besonders viele, im Saarland und in Bremen vergleichsweise wenige Unternehmen. Der Anteil der Unternehmensgründer an der Bevölkerung soll in Berlin, Hamburg und Bremen höher sein als etwa in Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen und Sachsen-Anhalt. Kampagnen wie „Land der Frühaufsteher“ (Sachsen-Anhalt) oder „Wir können alles. Außer Hochdeutsch“ (Baden-Württemberg) werben um Ansiedlungen.<sup>25</sup>

**Die Standortwahl** wird als Entscheidung über die räumliche Verteilung von Betriebsmittelkapazitäten und Arbeitsplätzen definiert. Die zentrale Bedeutung der Standortwahl für den Unternehmer ist dabei auch daran erkennbar, dass die Standortwahl in der Regel noch schwerer als die Rechtsformwahl revidierbar ist. Zudem sind Unternehmen immer wieder gezwungen, ihre Standortstruktur zu überdenken, Standorte zu schließen oder neu zu eröffnen.

Kriterien für die Standortwahl sind Verfügbarkeit und Kosten von Anlagegütern, Material, Energie oder Arbeitskräften, die Qualität der Umwelt oder die Anforderungen an den Umweltschutz, die Leistungen des Staates, wie zur Verfügung gestelltes Rechtssystem und Infrastruktur, Steuern oder Subventionen. Um angesichts dieser Vielzahl von Kriterien zu einer Entscheidung zu kommen, bietet die Betriebswirtschaftslehre Entscheidungsmodelle zur Standortwahl an.<sup>26</sup>

**Bei den Modellen** zur Standortwahl lassen sich, blickt man in die Literatur, grob zwei Vorgehensweisen unterscheiden. In der Wissenschaft überwiegen mathematische Modelle, die sich der Lösung der Fragestellung widmen und die Entwicklung diesbezüglicher Algorithmen. Anwender bezweifeln demgegenüber eher, dass mathematische Modelle zum Ziel führen können. Diese seien zu komplex. Auch ließen sich deren Voraussetzungen nicht exakt bestimmen.

24 Vgl. [http://www.ifm-bonn.org/fileadmin/data/redaktion/statistik/gruendungen-und-unternehmensschliessungen/dokumente/UntGr\\_UntLi\\_RF\\_2004-2014.pdf](http://www.ifm-bonn.org/fileadmin/data/redaktion/statistik/gruendungen-und-unternehmensschliessungen/dokumente/UntGr_UntLi_RF_2004-2014.pdf); Zwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission, 2012/2013, S. 211.

25 Vgl. näher etwa *Pielow*, in: Beck'scher Kommentar GewO, § 1 RdNr. 1 ff., 15 ff., 77 ff.; <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/183760/umfrage/>.

26 Vgl. etwa *Lüder/Küpper*, Unternehmerische Standortplanung; S. 5; *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 260 ff.; *Thießen u.a.*, Weiche Standortfaktoren.

Hinzu kommt, dass die Standortwahl zunehmend vor dem Hintergrund von Möglichkeiten, die sich außerhalb der Grenzen Deutschlands oder Europas bieten, zu treffen ist. Produktionsstätten und Absatzmärkte können auch im Ausland gesucht werden. Dies kann Vorteile mit sich bringen, macht das Problem aber komplexer. Denn eine Entscheidung setzt fundierte Kenntnisse der Gegebenheiten des jeweiligen Landes ebenso voraus wie ein Bewusstsein für mögliche kulturelle Unterschiede.<sup>27</sup>

## II. Die zur Wahl stehenden Rechtsformen

### 1. Einzelunternehmer

**Bei der Rechtsformwahl** bietet sich zunächst die Rechtsform **Einzelunternehmer** an.

**Beim Einzelunternehmer** ist **Unternehmensträger** wie gesehen die **natürliche Person**. Indem die natürliche Person als Kaufmann, Handwerker, Dienstleister, Rechtsanwalt, Arzt oder Architekt tätig wird, entsteht das Unternehmen grundsätzlich ohne weiteres. Die natürliche Person ist nun Unternehmensträger und Unternehmer. Eines speziell auf die Gründung gerichteten Rechtsaktes oder einer Eintragung bedarf es prinzipiell nicht.

Zwar werden häufig für die Tätigkeit besondere Voraussetzungen erforderlich sein. So ist der Betrieb eines Kiosks regelmäßig gem. § 14 Abs. 1 GewO anzeige- und möglicherweise gem. § 2 GastG erlaubnispflichtig. Für die Aufnahme einer Tätigkeit als Rechtsanwalt bedarf es der Zulassung durch die jeweilige Kammer. An der Entstehung eines Unternehmens mit Aufnahme der Geschäfte ändert dies jedoch prinzipiell nichts.

**Der Einzelunternehmer** ist vor diesem Hintergrund die am häufigsten anzutreffende Rechtsform. Der Akteur besteht als natürliche Person bereits und kann prinzipiell ohne weiteres als Unternehmer auftreten. Der Einzelunternehmer wird im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig. Auf diesem Weg ist das Unternehmen einfach und schnell gegründet. Ein Mindestkapital ist grundsätzlich nicht vorgeschrieben.

Unternehmen unterschiedlichster Größe werden in Deutschland durch Einzelunternehmer betrieben. Freilich ist die Tendenz zu beobachten, dass die Praxis sich mit steigender Unternehmensgröße für andere Rechtsformen als den Einzelunternehmer entscheidet – insbesondere für die GmbH, die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), die GmbH & Co. KG und neuerdings auch für die AG oder für die Stiftung.

**Merke:** **Einzelunternehmer** ist die am häufigsten anzutreffende Rechtsform. Beim Einzelunternehmer ist Unternehmensträger der Einzelunternehmer als natürliche Person. Mit Aufnahme der Tätigkeit durch den Einzelunternehmer entsteht in der Regel das Unternehmen.

<sup>27</sup> Vgl. näher etwa *Maßmann*, Kapazitierte Facility-Location-Planung, S. 1 ff., 30 ff., 49 ff.; *Haaker*, Standortwahl von internationalen Industrieunternehmen, S. 1 ff., 85 ff.

## 2. Die einzelnen Gesellschaften

**Gesellschaften** sind privatrechtliche Organisationen, die durch Rechtsgeschäft mit einem bestimmten Zweck gegründet werden.

**Gesellschaften** gibt es seit jeher. Bereits früh hatte sich gezeigt, dass es neben dem Einzelunternehmer weiterer Rechtsformen als potenzieller Unternehmensträger bedarf. Es sind dies vor allem die Gesellschaften. Hier wird regelmäßig zwischen den Personengesellschaften, die auch als Gesellschaften im engeren Sinne bezeichnet werden und juristischen Personen, die auch als Gesellschaften im weiteren Sinne bzw. Körperschaften bezeichnet werden, unterschieden.

Personengesellschaften sind vorliegend in erster Linie BGB-Gesellschaft, OHG, KG und Partnerschaft. Sie sind als rechtsfähig anerkannt und können sämtlich Unternehmen betreiben. Sie erreichen jedoch nicht den Status einer natürlichen oder juristischen Person. Juristische Personen sind vorliegend insbesondere GmbH, Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) und AG. Sie sind Rechtssubjekte und wie die natürlichen Personen rechtsfähig.<sup>28</sup>

Alle vorgenannten Gesellschaften sind sog. Außengesellschaften. Sie treten im Rechtsverkehr nach außen auf. Neben den Außengesellschaften stehen die sog. Innengesellschaften. Von einer Innengesellschaft spricht man, wenn die Vertragsschließenden nicht im Rechtsverkehr nach außen auftreten. Innengesellschaft ist z.B. die stille Gesellschaft i.S.d. §§ 230 ff. HGB. Eine Innengesellschaft kann naturgemäß nicht Unternehmensträger sein.

Gesellschaften und Verbände sind begrifflich eng verbunden. Teils sollen Gesellschaft und Verband dasselbe umfassen. Teils soll Verband als Begriff weiter, teils enger sein. Wird Verband weiter verstanden, können Erbengemeinschaften i.S.d. §§ 2032 ff. BGB, Bruchteilgemeinschaften i.S.d. §§ 741 ff. BGB oder Gütergemeinschaften i.S.d. §§ 1415 ff. BGB mitumfasst sein. Von diesen können jedenfalls die Erbengemeinschaften ebenfalls Unternehmensträger sein.<sup>29</sup>

**Die Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts** stehen schließlich hierneben. Sie sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Auch sie können im Einzelfall Unternehmensträger sein. Sie unterfallen aber, da es sich bei ihnen um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt, nicht den Gesellschaften. Erbengemeinschaften sowie Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts spielen als Unternehmensträger nachfolgend nur am Rande eine Rolle.

**Voraussetzung** für die Entstehung einer Gesellschaft ist stets ein Rechtsgeschäft. Anders als beim Einzelunternehmer in Gestalt der natürlichen Person muss die Gesell-

28 Vgl. etwa Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 3 ff.; Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 1 f.; Windbichler, Gesellschaftsrecht, S. 1 ff. Zur Stiftung vgl. später S. 16 ff.

29 Vgl. etwa K. Schmidt, Handelsrecht, S. 113 ff. sowie zum Begriff des Verbandes Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, S. 391 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 3 ff.; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, S. 938 f. – enger; Sebaldt/Straßner, Verbände, S. 15 ff. – weiter.

schaft zunächst gegründet werden. Dies geschieht in der Regel durch einen Gesellschaftsvertrag, der teils Satzung genannt wird. Bei Ein-Personen-Gesellschaften tritt an die Stelle des Gesellschaftsvertrages eine Gründungserklärung, denn dort fehlt naturgemäß die für einen Vertrag erforderliche zweite Person.

Der *numerus clausus* im Gesellschaftsrecht schreibt dabei vor, dass Gesellschaften, wenn sie nach außen auftreten, nicht beliebig vereinbart werden können. Vielmehr haben die Gründer zwischen den vom Gesetz zur Verfügung gestellten Gesellschaftstypen zu wählen. Hierdurch sollen der Rechtsverkehr und hier insbesondere die Gläubiger der Gesellschaft geschützt werden. Innerhalb der Gesellschaftstypen können die Gründer dann jedoch wählen. Auch sind Mischformen möglich, etwa die GmbH & Co. KG.<sup>30</sup>

Der Gesellschaftsvertrag wird regelmäßig bestimmen, welcher Gesellschaftstyp gewählt ist, wer die Gesellschafter sind und welchen Zweck die Gesellschaft verfolgen soll. Daneben wird es hier insbesondere um das Innenverhältnis der Gesellschafter gehen. Die Treuepflicht kann Pflichten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft wie untereinander begründen. Bei Personengesellschaften wirken die letzten beiden Aspekte stärker, bei juristischen Personen weniger stark.

Im Einzelnen wird der Gesellschaftsvertrag zudem häufig die Fragen regeln, wer für Geschäftsführung und Vertretung zuständig ist, inwieweit von den Gesellschaftern Geld- und sonstige Leistungen zu erbringen sind, wie es sich mit Stimm-, Informations- oder Kontrollrechten verhält oder wann und wie die Gesellschaft ihr Ende finden soll. Fragen der Nachschusspflicht, möglicherweise von Tätigkeitsvergütungen oder Entnahmen oder eines Wettbewerbsverbotes können beantwortet werden.

#### Fall 1

A möchte eine juristische Person gründen, um mit dieser in Köln eine Autoreparaturwerkstatt zu betreiben. Diese soll einer AG ähnlich sein, aber bereits mit einem Mindestkapital von 10 000,- EUR auskommen und zudem „A-Reparaturgesellschaft“ heißen. Geht dies?

**Lösung:** Eine AG nach AktG kann A auf diese Weise nicht gründen. Denn für die Gründung einer AG ist gem. § 7 AktG ein Mindestkapital von 50 000,- EUR erforderlich. Zudem muss eine AG gem. § 4 AktG in ihrer Firma die Bezeichnung Aktiengesellschaft oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten.

Eine eigene Gesellschaftsform, einen eigenen Typus juristische Person kann A angesichts des im Gesellschaftsrecht geltenden *numerus clausus* nicht generieren. Er muss sich für eine der existenten Rechtsformen entscheiden.

Angesichts seines Vorhabens kommen für A etwa GmbH, GmbH & Co. KG, Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt), Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. KG oder die Rechtsform Einzelunternehmer in Betracht.

In jedem Fall muss A die insoweit jeweils geltenden Vorschriften einhalten. So ist bei Beteiligung einer GmbH etwa gem. § 5 GmbHG ein Mindestkapital von 25 000,- EUR erforderlich oder bei Beteiligung einer Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) eine Firmierung i.S.d. § 5a Abs. 1 GmbHG.

<sup>30</sup> Zu Existenz und Grenzen des *numerus clausus* im Gesellschaftsrecht vgl. etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 96 ff.; *Kindl*, Gesellschaftsrecht, S. 31 f.

**Vorteile** der Rechtsform Gesellschaft gegenüber der Rechtsform Einzelunternehmer bestehen zunächst in der Möglichkeit, das Unternehmen auf diese Weise zu mehreren zu betreiben. So können die Lasten des Betriebs des Unternehmens sowie eventuelle Verluste auf mehr Schultern verteilt werden. Die Gesellschafter können sich gegenseitig unterstützen und ergänzen. Ein Gesellschafter kann etwa die Geschäftsidee, ein anderer das Gründungskapital oder Führungsfähigkeit einbringen.

Die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Gesellschaften geben den Gründern zudem die Möglichkeit, zwischen mehreren Gesellschaften zu wählen. Für Gewerbe bieten sich OHG, KG oder BGB-Gesellschaft an. Für freie Berufe stehen Partnerschaft oder BGB-Gesellschaft zur Verfügung. Wollen die Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, können sie GmbH oder AG wählen. Daneben stehen Genossenschaft, KGaA, EWIV, SE, SCE oder Limited zur Verfügung.

Hinzu kommt, dass die Grenzen zwischen den Gesellschaften streckenweise fließend gestaltet werden können. Dies gilt etwa für die Mischform der GmbH & Co. KG, durch die eine KG partiell mit Eigenschaften einer juristischen Person geschaffen werden kann. Ebenso finden sich Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. KG, AG & Co. KG, GmbH & Co. OHG, Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. OHG oder AG & Co. OHG. GmbHs können durch Gesellschaftsvertrag einer OHG ähnlich strukturiert werden etc.<sup>31</sup>

**Nachteile** der Rechtsform Gesellschaft sind der verglichen mit dem Einzelunternehmer typischerweise höhere Gründungsaufwand. Der Abstimmungsbedarf zwischen den Gesellschaftern kann hoch sein. Erwirtschaftete Gewinne sind zu teilen. Andererseits wiederum eröffnen die Gesellschaften Ein-Personen-GmbH bzw. Ein-Personen-Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), Ein-Personen-AG oder GmbH & Co. KG die Möglichkeit eine Gesellschaft auch alleine zu betreiben, zudem haftungsbeschränkt.

**Sonderfälle** stellen schließlich die **Familienunternehmen** und die **Publikumsgesellschaften** dar. Familienunternehmen sind Unternehmen, bei denen die Beteiligten verwandtschaftlich verbunden sind. Familienunternehmen gibt es in jeder Größe. Teils soll dabei für Familienunternehmen eine Einheit von Eigentum und Leitung typisch sein. Teils soll ein gewisser Familieneinfluss, der sich auf verschiedene Weise äußern können soll, ausreichend sein.

Familienunternehmen können als Gesellschaft oder Stiftung betrieben werden. Welche Gesellschaft oder ob die Rechtsform Stiftung gewählt wird, hängt z.B. davon ab, ob die Leitung bei allen oder nur bei einem Teil der Beteiligten liegen soll. Gewünschte Haftungsbeschränkungen können eine Rolle spielen oder die Planung des Übergangs des Unternehmens auf die nächste Generation. Einkommen- und erbschaftsteuerliche Aspekte können hinzukommen.<sup>32</sup>

31 Zur GmbH & Co. KG vgl. näher später S. 71 f. und zum Gesellschaftsvertrag der GmbH näher später S. 153.

32 Vgl. näher etwa *Hannes/Kuhn/Brückmann*, Familienunternehmen; *May/Bartels*, Nachfolge in Familienunternehmen.

Publikumsgesellschaft bedeutet, dass an einer Gesellschaft eine Vielzahl von Gesellschaftern beteiligt ist. Häufig werden die Anteile an Publikumsgesellschaften zudem in der Öffentlichkeit angeboten. AG und KGaA sind die Rechtsformen, die der Gesetzgeber primär für solche Publikumskonstellationen vorgesehen hat. Weil es einfacher und preiswerter erscheint und aus steuerlichen Gründen wird in der Praxis aber auch oft die KG, in der Regel in Form der GmbH & Co. KG gewählt.

Insbesondere bei Publikums-KGs können sich hier zahlreiche Fragen ergeben. Bei der KG resultieren diese daraus, dass die KG nicht für eine Vielzahl von Gesellschaftern geschaffen ist. Häufig wird zweifelhaft sein, wie weit die Haftungsbeschränkung reicht. Zudem hat sich immer wieder die Frage gestellt, ob und, wenn ja, inwieweit Gestaltungen hier steuerlich anzuerkennen sind. Rechtsprechung und Gesetzgebung haben sich inzwischen vielfältig hierzu geäußert.<sup>33</sup>

**Merke: Gesellschaften** sind privatrechtliche Organisationen, die durch Rechtsgeschäft mit einem bestimmten Zweck gegründet werden. Sie können wie der Einzelunternehmer Unternehmersträger sein. Man unterscheidet zwischen den Personengesellschaften als Gesellschaften im engeren Sinne und den juristischen Personen als Gesellschaften im weiteren Sinne.

Je nach Unternehmenszweck stehen hier zur Rechtsformwahl regelmäßig mehrere Gesellschaftstypen zur Auswahl. Besondere Konstellationen stellen sog. Familien- und Publikumsgesellschaften dar. Hierneben stehen die Erbengemeinschaften; im Einzelfall können auch sie Unternehmersträger sein.

### 3. Stiftungen als Rechtsformen

**Stiftungen** schließen schließlich den Kreis der zur Wahl stehenden Rechtsformen ab.

**Eine Legaldefinition** der Stiftung existiert nicht. Nach h.M. handelt es sich bei einer Stiftung um eine von einem Stifter oder mehreren Stiftern errichtete Organisation, die mit Hilfe des der Stiftung gewidmeten Vermögens einen vom Stifter festgelegten Zweck erfüllen soll. Kennzeichnend für die Stiftung sind, anders als bei Einzelunternehmer und Gesellschaft, nicht Personen, die einen bestimmten Zweck verfolgen, sondern Vermögen für einen bestimmten Zweck.<sup>34</sup>

Die Stiftung des BGB ist in den §§ 80 ff. BGB geregelt. Sie ist juristische Person des privaten Rechts. Hierneben können im privaten Recht unselbstständige, d.h. nicht rechtsfähige Stiftungen gegründet werden. Von Seiten des öffentlichen Sektors treten Stiftungen des öffentlichen Rechts hinzu, die als juristische Personen des öffentlichen Rechts die Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts ergänzen. Kirchliche Stiftungen vervollständigen das Bild.

<sup>33</sup> Vgl. näher etwa *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Anhang nach § 177a RdNr. 52 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1665 ff.

<sup>34</sup> Vgl. näher etwa BT-Drucksache 14/8765, S. 10; *Weitemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 80 RdNr. 1.

Die Geschichte der Stiftungen geht weit zurück, insbesondere bei den kirchlichen Stiftungen. So stiftete etwa Nikolaus von Kues im Jahre 1458 sein Vermögen zur Errichtung eines „Armen-Hospitals“ in seiner Heimatstadt Kues, das heute dort noch fortwirkt. Im weltlichen Bereich sind etwa die Fuggerschen Stiftungen aus dem Jahr 1521 in Augsburg und dort insbesondere die „Fuggerei“ als Träger einer Sozialsiedlung für Bedürftige heute noch von Bedeutung.<sup>35</sup>

Im Laufe der Zeit hat der Gesetzgeber sich immer wieder mit der Stiftung befasst. So ist neben die Stiftungen kirchlichen und öffentlichen Rechts zunehmend die private Stiftung getreten. Landesstiftungsrecht ist durch Bundesstiftungsrecht ersetzt worden. Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts des Jahres 2002 hat das Recht der privaten Stiftung vereinheitlicht und weitgehend im BGB geregelt. Zivil- und steuerrechtliche Erleichterungen sind hinzugetreten.<sup>36</sup>

**Die Arten der Stiftung** sind, wie schon gesehen, zahlreich. Vorliegend spielen insbesondere Stiftungen i.S.d. §§ 80 ff. BGB als Familienstiftungen eine Rolle. Auf sie werden Familienunternehmen übertragen, um die Erträge dann der Familie der Stifter zukommen zu lassen. Hierneben finden sich steuerbegünstigte Stiftungen i.S.d. §§ 51 ff. AO. Doppelstiftungen sollen die Vorteile von Familienstiftung und Steuerbegünstigung kombinieren.

Bekannte Stiftungen des privaten Rechts, die Träger von Unternehmen sind oder Anteile an Unternehmen halten, sind etwa die Lidl-Stiftung oder die Bertelsmann-Stiftung. Mittelständische Unternehmer übertragen ihre Unternehmen auf Stiftungen. Auf diese Weise sollen Erhalt und Leitung des Unternehmens gesichert, Steuern gespart und/oder den Mitgliedern der Familie die Erträge des Unternehmens für die Zukunft ganz oder zum Teil zugewendet werden.

Im öffentlichen und im kirchlichen Bereich existieren auch weiter zahlreiche Stiftungen. Zwar ist die Bedeutung der Stiftungen, die Unternehmen tragen, hier zurückgegangen. Öffentliche und kirchliche Stiftungen betreiben aber etwa weiterhin Krankenhäuser, Alten- und Pflegeheime. Rechtsgrundlagen der Stiftungen öffentlichen Rechts sind die Stiftungsgesetze des Bundes sowie die Landesstiftungsgesetze. Die kirchlichen Stiftungen basieren auf dem Recht der jeweiligen Kirche.

Im privaten Recht erlaubt § 80 Abs. 2 S. 2 BGB nun explizit zwar auch Stiftungen, deren Vermögen für den Unternehmenszweck verbraucht werden kann. Unselbstständige Stiftungen sollen den Verwaltungsaufwand gering halten oder spätere Änderungen erleichtern. Diese beiden Formen kommen im vorliegenden Zusammenhang jedoch kaum in Betracht. Denn mangels Dauerhaftigkeit bzw. Rechtsfähigkeit sind sie als Träger eines Unternehmens prinzipiell nicht geeignet.

<sup>35</sup> Vgl. [www.cusanus.de](http://www.cusanus.de); <http://www.fugger.de/de/singleview/article/vielseitig-und-seit-500-jahren-aktiv-sowie-etwa-Liermann>, Geschichte des Stiftungsrechts; *Borgolte*, Stiftungen und Stiftungswirklichkeiten.

<sup>36</sup> Vgl. BT-Drucksache 14/8765, S 1 ff.; 17/11316, S 1 ff. sowie zur Geschichte der Stiftung etwa *Weitemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 80 RdNr. 8 ff.

**Entstehungsvoraussetzung** für eine Stiftung ist stets ein Stiftungsgeschäft. Dies gilt für Stiftungen privaten Rechts wie für Stiftungen öffentlichen und kirchlichen Rechts. Durch das Stiftungsgeschäft erklärt der Stifter, dass ein Vermögen für die Zukunft einem bestimmten Zweck dienen soll. Für die Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB unter Lebenden fordert § 81 BGB hier Schriftform sowie einen Mindestinhalt. § 83 BGB ergänzt dies für Stiftungen von Todes wegen.

Eine Anerkennung der Stiftung muss hinzukommen, damit diese als juristische Person entstehen kann. Auch dies gilt für Stiftungen privaten, öffentlichen und kirchlichen Rechts. Für die Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB ist für diese Anerkennung gem. § 80 BGB die Stiftungsbehörde des Landes zuständig, in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll. Auf diese Weise wird am Konzessionssystem festgehalten. Bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht jedoch ein Anspruch auf Anerkennung.

Nach ihrer Entstehung unterliegen Stiftungen einer Aufsicht. Für die Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB richtet sich diese nach den Landesstiftungsgesetzen. Es handelt sich prinzipiell um eine Rechtsaufsicht. Die Garantie- und Schutzfunktion der Aufsicht soll das Fehlen von Mitgliedern bzw. Gesellschaftern bei der Stiftung kompensieren. Wie weit die Aufsicht reicht sowie ob und inwieweit Anerkennung und Aufsicht heute noch recht- und zweckmäßig sind, ist umstritten.<sup>37</sup>

So stellt das BGB zwei Typen juristischer Personen zur Verfügung. Beim Verein i.S.d. §§ 21 ff. BGB sind entscheidend die Mitglieder, die mit dem Verein einen bestimmten Zweck verfolgen. Der Verein ist sodann gleichsam Grundlage für GmbH, AG, KGaA, Genossenschaft oder VVaG. Bei der Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB ist entscheidend das einem bestimmten Zweck dienende Vermögen. An die Stelle der Mitglieder treten hier staatliche Anerkennung und Aufsicht.

**Merke:** **Stiftungen** sind von einem Stifter oder mehreren Stiftern errichtete Organisationen, die mit Hilfe des der Stiftung gewidmeten Vermögens einen vom Stifter festgelegten Zweck erfüllen sollen. Man unterscheidet Stiftungen des privaten Rechts und Stiftungen des öffentlichen bzw. kirchlichen Rechts. Stiftungen können Unternehmensträger sein. Sie ergänzen den Kreis der Rechtsformen.

<sup>37</sup> Vgl. etwa BT-Drucksache 14/8277, S 5 f.; *Weitemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 8046 ff., 66 ff., § 81 RdNr. 1 f.